

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Beslechting van automatiseringsgeschillen en arbitrage haar alternatieven

Hanotiau, Bernard

*Published in:*  
Computerrecht

*Publication date:*  
1988

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Hanotiau, B 1988, 'Beslechting van automatiseringsgeschillen en arbitrage haar alternatieven', *Computerrecht*, no. 1, pp. 31-36.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Beslechting van automatiseringsgeschillen en arbitrage (I)

## Arbitrage en haar alternatieven

B. Hanotiau

*'We need innovative approaches to solve disputes in high technology'*

*De specificiteit en techniciteit, alsmede de vereisten van een dringende ontbinding, die kenmerkend zijn voor informatica-geschillen hebben tot gevolg dat in zekere gevallen het beroep op gewone rechtbanken ontoereikend is. Dit is de reden waarom betrokkenen zich de vraag stellen of er geen beroep kan worden gedaan op alternatieve wijzen van conflictoplossing. Daaronder neemt de arbitrage een bevoorrechte plaats in. Naast deze werkwijze die overigens een toenemend succes kent, zijn er nog andere middelen zoals de bemiddeling en het 'mini-trial'. Wat is nu het belang van deze alternatieve werkwijzen om tot oplossing van conflicten te komen? Hoe functioneren ze en in welke mate zijn ze effectief? Dit zijn de voornaamste vragen die in dit artikel beantwoord zullen worden. Verder is het doel van dit artikel partijen, die zouden willen terugvallen op deze alternatieve beslissingsmethoden inzake informaticacontracten en in het bijzonder op de arbitrage, te adviseren.*

### 1. De arbitrage

1 De arbitrage kent als middel om informatica-geschillen op te lossen een toenemend succes. Blijft dat de instelling niet goed bekend is bij de niet-juristen die soms de neiging hebben om de arbitrale beslissing als een Salomonsoordeel, geveld naar billijkheid, te beschouwen. Vandaar dat het belangrijk is op een nauwkeurige manier te bepalen wat arbitrage is, alsmede de plaats en de erkenning ervan in het juridisch systeem te beklemtonen.

#### A. Bepaling en plaats van de arbitrage in de nationale juridische systemen

2 De arbitrage is een procedure ter oplossing van geschillen, ingesteld op basis van de wil der partijen. Zij bepalen op het ogenblik van de totstandkoming van het contract, of achteraf op het moment dat het conflict ontstaat, dat de oplossing ervan aan een college, bestaande uit één of meerdere arbiters (in dit geval meestal drie) zal worden toevertrouwd.

3 Het is belangrijk dat men de nadruk legt op het feit dat het arbitrale college de functie van rechter vervult. De arbiter oordeelt in rechte, uitgezonderd de zeldzame gevallen waarin hij als bemiddelaar zetelt. Daarbij moet hij, zoals een rechter, de procedure-regels, eigen aan het geval, respecteren en eventueel, cumulatief, de regels van een nationaal rechtstelsel en die van een arbitrage-instelling. Ook moeten de bepalingen die bij overeenkomst door de partijen werden vastgelegd, worden nageleefd. Het respecteren van regels van formeel en materieel recht zal in belangrijke mate bijdragen tot de geldigheid en de erkenning van arbitrale uitspraken. Als deze met miskenning van de rechten van de verdediging gewezen zijn, zijn ze strijdig met de openbare orde. Zijn ze ultra petita gewezen, dan zullen ze het voorwerp van een annulatieberoep kunnen uitmaken of geen executoriale kracht verkrijgen. Het is bijgevolg essentieel, wat ook de technische moeilijkheidsgraad van het geding is, dat ten minste één lid

van het college een jurist is met ervaring op het gebied van arbitrage. Dit is veel belangrijker dan het feit van afwezigheid van een traditionele rechtbank. Het conventioneel karakter geeft bovendien aan iedere procedure een originaliteit hetgeen de taak van de rechtbank nog moeilijker maakt.

4 De arbitrale uitspraak heeft een jurisdictioneel karakter en bezit gezag van gewijsde. Zij mag niet worden verward met de beslissing die in sommige gevallen door 'wijzen' moet worden genomen in het kader van een weinig formalistische procedure die lijkt op de bemiddeling en die men soms ten onrechte als arbitrage kwalificeert. Het reglement en de praktijk van het Franse l'Agence pour la Protection des Programmes (A.P.P.) zijn hiervan een uitstekend voorbeeld.

Het A.P.P. heeft de bescherming van natuurlijke of rechtspersonen tot doel, auteurs van computerprogramma's, videospellen, softwarepakketten, studies en daarmee verwante documenten. De leden van het A.P.P. kunnen er hun software deponeren in de vorm van microfiches, hetgeen vaste datum bezorgt aan hun creaties vanaf hun ontstaan. Indien de ontwerper achteraf verdwijnt, vooral in het geval van faillissement, kan de gebruiker van de software, zelfs al is hij geen lid van het A.P.P., de toegang tot het programma vragen om het voortbestaan ervan te verzekeren. Art. 6 van het algemeen reglement voorziet dat de gebruiker van het programma, die op regelmatige wijze de gebruikersrechten verworven heeft, de toegang tot het programma krijgt in geval van tekortkoming van de ontwerper ervan. Deze toegang zal echter pas worden verleend na het voorwerp geweest te zijn van een studie van een arbitragecommissie. In feite is dit mechanisme van art. 6 geen arbitrageprocedure in de betekenis zoals we hierboven hebben bepaald. De beslissing die de arbiters zullen nemen is niet noodzakelijk een arbitrale beslissing. Het gaat hier eerder om een contractueel afgesproken procedure waarbij de toelating afhankelijk is van de beslissing van een derde. Art. 6 bepaalt overigens dat het enkel toepassing vindt indien het uitdrukkelijk werd voorzien in het koopcontract van de ontwerper van het programma.

5 Daartegenover staat dat het A.P.P. een echte arbitrageprocedure heeft voorzien voor conflicten tussen zijn leden. Art. 7 van het algemeen reglement bepaalt dat 'in geval van betwisting tussen de deposanten betreffende de eigendom van een product dat door verschillende leden wordt opgeëist, de deposanten overeenkomen hun geschil aan een arbitragecommissie voor te leggen overeenkomstig het arbitragereglement van het A.P.P.' Dit reglement is uit 16 artikelen samengesteld en voorziet in een arbitrageprocedure die er voor zorgt dat de conflicten tussen leden van het A.P.P. betreffende het eigendomsrecht van programma's geregeld worden door één of meerdere arbiters (steeds een oneven aantal)<sup>2</sup> die, in een procedure op tegenspraak<sup>3</sup>, tot een beslissing zullen komen.<sup>4</sup>

#### B. Voor- en nadelen van de arbitrage. Verschillende soorten arbitrage

6 Er bestaan twee typen arbitrage: de ad hoc arbitrage en de institutionele arbitrage. In alle gevallen worden geschillen tussen partijen slechts aan een arbitragecommissie onderworpen nadat partijen voorafgaande hun toestemming daartoe hebben gegeven in een compromisclausule of in een wederzijdse verbintenis tot arbitrage.

7 In geval van de ad hoc arbitrage wordt de proce-

Bernard Hanotiau is advocaat aan de balie te Brussel en professor aan de Universiteiten van Louvain-La-Neuve en Namen. Daarnaast is hij arbiter, lid van het CEPANI en medewerkend lid van het Instituut van de Internationale Kamer van Koophandel in Parijs. Hij is eveneens co-auteur van 'Les contrats informatiques' (Brussel, 1983).



dure volledig door de partijen geregeld. Meestal hebben ze dan in hun oorspronkelijke overeenkomst een wederzijdse verbintenisclausule ingelast die, wanneer het een informaticacontract betreft, als volgt zou kunnen worden opgesteld, in de veronderstelling dat het conflict zich in België situeert: 'De partijen komen overeen dat elke betwisting die ontstaat naar aanleiding van de uitvoering of de niet-uitvoering van voorliggend contract beslecht zal worden op arbitraire wijze. Iedere partij zal een arbiter aanwijzen die tevens een deskundige is op het gebied van informatica. Bij gebreke van een keuze door één van de partijen, zal de tweede arbiter op verzoek van de andere partij door de president van het Belgisch Centrum voor Studie en Praktijk van Nationale en Internationale Arbitrage (CEPANI) worden aangewezen. Deze laatste zal in ieder geval de voorzitter van het arbitraal college aanwijzen. Deze voorzitter zal een jurist zijn, bij voorkeur gespecialiseerd in informaticarecht (eventueel kan de voorzitter toch door de partijen gekozen worden). Het arbitragecollege zal in Brussel zetelen en Belgisch recht toepassen.'

8 In vele gevallen verkiezen de partijen beroep te doen op de diensten van een arbitrage-instelling, waarvan er verschillende bestaan, zowel nationaal als internationaal.

Op internationaal gebied is het meest gerenommeerde instituut de Internationale Kamer van Koophandel te Parijs, waaraan de belangrijkste internationale arbitrages worden voorgelegd. Daarnaast bestaan er verschillende nationale centra voor arbitrage, die een zeer goede reputatie hebben, zoals het Centrum voor Studie en Praktijk van Nationale en Internationale Arbitrage te Brussel, het Nederlands Arbitrage-instituut, de American Arbitration Association, het London Court of Arbitration, de Kamer van Koophandel te Zürich, het Deutscher Ausschuss für Schiedsgerichtswesen, de Kamer van Koophandel te Stockholm, de Associazione Italiana per l'Arbitrato. Als de partijen voorzien in een institutionele vorm van arbitrage dan zal in hun overeenkomst meestal een clauseule zijn opgenomen geïnspireerd op deze die de Internationale Kamer van Koophandel aanbeveelt:

'Elk geding dat uit voorliggend kontrakt voortvloeit zal definitief worden beslecht volgens het reglement van arbitrage van de (aangeduide instelling), meer bepaald door één of meerdere, overeenkomstig het reglement benoemde arbiters.'

Deze clauseule kan ook zo opgesteld zijn dat het aanwijzen van de arbiter(s) door de partijen, en niet door de instelling gebeurt. De clauseule kan ook de bekwaaamheden, die de arbiters moeten hebben, aanduiden hetgeen aan te raden is wanneer het geschil een zeer gespecialiseerde materie betreft zoals bijvoorbeeld de informatica.

9 Of het nu om ad hoc dan wel institutionele arbitrage gaat, het beroep op deze procedure heeft voor- en nadelen. Wat de voordelen betreft wijst men meestal op de snelheid, vertrouwelijkheid en de bekwaamheid van de arbiters. Deze voordelen hebben een bijzondere betekenis op het gebied van de informatica.

Wat de nadelen betreft, refereert men meestal aan de hoge kostprijs die arbitrage met zich brengt, gezien de noodzaak om de arbiters te betalen en, voor zover het om institutionele arbitrage gaat, om de kosten van de instelling te dekken. Het nadeel van de kostprijs wordt echter ruimschoots gecompenseerd door de voordelen en de besparingen die mogelijk zijn dankzij de arbitraire procedure.

## C. Het verloop van de arbitrageprocedure

10 Het verloop van de arbitrageprocedure wordt, in het geval van ad hoc arbitrage door het toepasselijke procedurerecht beheerst; in principe is dit de wet van de staat waar het scheidsgerecht zetelt. In het geval van institutionele arbitrage zal de procedure voorname-lijk geregeld worden door de bepalingen van het arbitragereglement van de door de partijen gekozen instelling en, ten ondergeschikte titel, door de regels van de nationale wet van de procedure die op het geding van toepassing is. Daarenboven kunnen de partijen in hun arbitrageovereenkomst voorzien in bijzondere procedurebepalingen, in het bijzonder wat het bewijs betreft, bijvoorbeeld om de arbiter te bevrijden van sommige formalistische voorschriften die normaal in acht genomen moeten worden bij het beroep op getuigen of bepaalde documenten.

11 De hiernavolgende uiteenzetting is gebaseerd op het reglement van het Arbitragehof van de Internationale Kamer van Koophandel te Parijs. Hierin ligt de meest gangbare praktijk verrat, zoals deze door verschillende nationale wetgevingen wordt aanvaard. De partij die een beroep wil doen op de arbitrageregeling richt haar aanvraag tot het secretariaat van de instelling. De aanvraag bevat naast de gegevens over de partijen een samenvatting van de eisen van de aanvrager, een overzicht van de overeengekomen afspraken en in het bijzonder deze over de arbitrage, alsmede alle nuttige informatie betreffende de keuze en het aantal arbiters. Het secretariaat van de instelling zendt een afschrift van de aanvraag en van de aanverwante stukken naar de verwerende partij voor antwoord. Dit antwoord moet binnen de dertig dagen nadat de aanvraag is meegedeeld, bekend zijn. De verwerder zal enerzijds antwoorden op de voorstellen betreffende het aantal arbiters door bijvoorbeeld één of meerdere arbiters aan te duiden, en anderzijds zal hij zijn verweermiddelen uiteenzetten en zijn stukken overmaken. Een afschrift van dit antwoord en van de stukken wordt naar de eiser gezonden. De verwerende partij kan eveneens een tegengestelde formulieren waarop de eiser binnen de dertig dagen moet antwoorden. Er wordt een provisie gevraagd voor de administratieve- en arbitragekosten die gelijkelijk door beide partijen gedragen zal worden. Indien één van de partijen haar deel niet bijdraagt moet de andere partij dit voorschieten, bij gebreke hiervan zal de arbitrageprocedure niet kunnen worden voortgezet.

12 Na het antwoord van de verwerster en de invordering der kosten wordt het dossier overhandigd aan het scheidsgerecht. Dit zal zijn samengesteld in overeenstemming met de bepalingen die tussen de partijen bestaan, met andere woorden zoals ze door de partijen zelf zijn afgesproken of deze die uitgaan van een arbitrage-instelling. Deze instelling zal in sommige gevallen slechts belast zijn met het aanduiden van een voorzitter. De rechtbank zetelt op de plaats die de partijen hebben afgesproken of op de plaats die door de arbitrage-instelling wordt vastgesteld. Deze zal plaats kiezen in functie van verschillende criteria, waaronder de goedkeuring van de betrokken landen van éénzelfde overeenkomst betreffende de uitvoering van arbitrale uitspraken.

13 Alvorens met het onderzoek van de zaak aan te vangen, stelt de arbiter een akte van opdracht vast, in het bijzijn van de partijen, of enkel met stukken. Deze akte bevat:

- a. de naam, voornaam en hoedanigheid der partijen;
- b. de adressen der partijen waar men opmerkingen en briefwisseling naar toe kan sturen;
- c. een overzicht van de eisen der partijen;



- d. de vaststelling van de op te lossen problemen;
- e. de naam, voornaam, hoedanigheid en het adres van de arbiter;
- f. de arbitragezetel;
- g. alle bepalingen betreffende de regels die op de procedure van toepassing zijn en, in voorkomend geval, de vermelding van de bevoegdheden van de arbiter als bemiddelaar;
- h. alle andere vermeldingen die vereist zouden zijn zodat de beslissing aan een wettelijke sanctie zou kunnen worden onderworpen.

De akte van opdracht moet door de partijen en de arbiter worden ondertekend. Zij moet meegedeeld worden aan het arbitrage-instituut binnen de twee maanden na de overhandiging van het dossier. Deze termijn mag slechts bij uitzondering worden verlengd. Indien één van de partijen weigert de akte van opdracht te ondertekenen, zal haar daartoe een termijn worden vergund. Bij het verstrijken van deze termijn zal de procedure worden voortgezet en zal de beslissing worden genomen.

14 Inzake internationale arbitrage zijn de partijen vrij om het door de arbiter toe te passen recht te bepalen. Bij gebreke aan een aanduiding van het toepasselijke recht, zal de arbiter de wet, aangeduid door de regel van het geding dat hij toepasselijk acht, hanteren. In ieder geval houdt hij rekening met de bepalingen van het contract en met de handelsgewoonten.

15 De arbiter onderzoekt de zaak zo snel mogelijk met behulp van alle gepaste middelen. Na onderzoek van de schriftelijke en van de door de partijen ter zitting neergelegde stukken hoort hij, op verzoek van een partij, de beide partijen op tegenspraak. De arbiter kan ook zelf beslissen tot verhoor over te gaan. Hij kan overigens ook bevelen ieder ander persoon te horen, in aanwezigheid van de partijen. Hij kan één of meerdere experts aanwijzen, hun opdracht bepalen, hun rapporten ontvangen en/of aanhoren. De arbiter kan ook op stukken beschikken indien de partijen dit vragen of aanvaarden. In de praktijk zal het college, nadat de partijen hun besluiten en memories hebben uitgewisseld, één of meer data vaststellen waarop zal worden overgegaan tot de mondelinge pleidooien. De hoorzittingen zijn op tegenspraak maar indien een partij niet verschijnt zal de procedure toch voortgang vinden.<sup>5</sup> De partijen verschijnen hetzij in persoon, hetzij behoorlijk vertegenwoordigd. Zij worden meestal bijgestaan door een advocaat.

16 Nadat men de pleidooien gehoord heeft zal het college de zaak in beraad nemen. In vele reglementen zal bepaald zijn dat het college binnen zes maanden vanaf de ondertekening van de akte van opdracht tot een uitspraak moet komen. De arbitrage-instelling kan deze termijn slechts om uitzonderlijke redenen verlengen. Indien er drie arbiters zijn aangeduid wordt de beslissing met meerderheid genomen. Naast de beslissing ten gronde bepaalt het college eveneens de arbitragekosten en beslist zij welke partij deze moet dragen of in welke mate deze verdeeld worden over de partijen.<sup>6</sup>

In de meeste gevallen is de arbitragebeslissing definitief. Door hun onderwerping aan het reglement van een arbitrage-instelling verbinden de partijen zich ertoe de beslissing zonder aarzelen uit te voeren, hetgeen ze in de meeste gevallen spontaan doen.

17 De arbitrale uitspraak heeft gezag van gewijsde, desondanks moet zij, om uitvoerbaar te zijn, vergezeld zijn van een exequatur van een rechtbank van eerste aanleg. Dit is het geval in België<sup>7</sup> en in Frankrijk.<sup>8</sup> In België zal dit exequatur slechts worden geweigerd indien de beslissing nog door de arbiter kan

worden gewijzigd, tenzij hij heeft bevolen dat de beslissing bij voorraad uitvoerbaar zal zijn, ongeacht hoger beroep. Een exequatur zal eveneens worden geweigerd indien het oordeel of de uitvoering daarvan tegen de openbare orde indruist, of wanneer het geding niet op arbitrale wijze kon worden geregeld. Deze bepaling zal moeten worden geapprecieerd in het licht van art. 1676 Ger.W. waarin wordt bepaald dat elk geding dat ontstaat of kan ontstaan uit een bepaalde rechtsbetrekking en waarover een dading kan worden aangegaan voorwerp kan uitmaken van arbitrage. Het exequatur zal tenslotte nog geweigerd worden als de rechtbank aantoonde dat er gronden tot vernietiging bestaan zoals voorzien in art. 1704 Ger.W.

18 In België immers is het enige mogelijke beroep tegen een arbitrale uitspraak het annulatieberoep.<sup>9</sup> Dit zal echter slechts mogelijk zijn in welbepaalde, limitatief opgesomde gevallen, te weten:

- indien de beslissing strijdig is met de openbare orde;
- indien het conflict niet op arbitrale wijze kon worden geregeld;
- indien er geen geldige arbitrageovereenkomst tot stand was gekomen;
- indien het arbitral college zijn bekwaamheid of bevoegdheid heeft overschreden;
- indien het college verzuimd heeft een uitspraak te doen over één of meerdere punten die ontegensprekelijk waren verbonden met punten waarover het wel beslist heeft;
- indien de beslissing door een onregelmatig samengesteld college werd gegeven;
- in geval van schending van de rechten van de verdediging;
- in geval van een onvoldoende gemotiveerde beslissing;
- indien er contradictoire bepalingen in de beslissing voorkomen;
- in geval de beslissing op bedrieglijke wijze verkregen werd;
- in geval de beslissing gebaseerd is op een verklaring die voorafgaande, in een beslissing die kracht van gewijsde heeft verkregen, vals verklaard werd, of op een vals bewijsstuk;
- tenslotte indien, nadat de beslissing is genomen, een document of een ander bewijsstuk wordt ontdekt dat een beslissende invloed zou hebben gehad op de beslissing en dat door de tegenpartij zou worden ingeroepen.

Daarenboven stelt men vast dat het annulatieberoep in België slechts kan worden ingesteld wanneer minstens één partij, in een arbitrageprocedure verwickeld, hetzij een natuurlijk persoon is met Belgische nationaliteit of met verblijfplaats in België, hetzij een rechtspersoon is, gevestigd in België of er een filiaal hebbende, of welke exploitatievorm dan ook.<sup>10</sup>

19 Indien de arbitragebeslissing in het buitenland moet worden uitgevoerd, wordt de uitvoering ervan vereenvoudigd door verschillende bilaterale en multilaterale overeenkomsten waarbij een groot aantal landen is aangesloten. De belangrijkste overeenkomst is de conventie van New York betreffende de erkenning en uitvoering van buitenlandse arbitrale uitspraken van 10 juni 1958. De staten die deze conventie hebben geratificeerd mogen de erkenning en de uitvoering van arbitrale uitspraken slechts weigeren in een beperkt aantal gevallen, opgesomd in art. 5, te weten: miskenning van de rechten van de verdediging, een beslissing ultra petita, een onregelmatig samengesteld arbitraal college, een beslissing die nog niet bindend is voor de partijen, een conflict dat



niet voor arbitrage vatbaar was, de strijdigheid met de openbare orde van het land waar de beslissing erkend en/of uitgevoerd moet worden. Blijft, zoals we reeds hebben vermeld, dat in de overgrote meerderheid der gevallen de arbitrale uitspraak spontaan wordt nageleefd. Hoe kan men dit verschijnsel verklaren? Zoals Huys en Keutgen aantonen is dit te verklaren door de omstandigheden waarin de arbitrage zich afspeelt, die ervoor zorgen dat de vertrouwensrelatie tussen de partijen weer vlug kan worden hersteld, vandaar de spontane uitvoering van de arbitrage-uitspraak.<sup>11</sup>

#### D. De ontwikkeling van specifieke programma's voor arbitrage inzake informaticageschillen

20 De arbitrage kent een aanzienlijk succes in de wereld. In het bijzonder in de Verenigde Staten en in West-Europa is de arbitrage nog in een beginfase op het gebied van informaticarecht. Men kent enkele ad hoc arbitrages die meestal geleid worden door experts-niet-juristen, hetgeen vroeg of laat ernstige problemen betreffende de uitvoering van de beslissingen zal opleveren. Een arbitrale uitspraak conform aan de wet opstellen, dus niet vatbaar voor beroep, is voor een niet-jurist even moeilijk als het opstellen van een gedetailleerd lastencohier voor een advocaat.

21 Wat de nationale en internationale arbitragecentra betreft, blijven de informaticageschillen die zij ter oplossing voorgelegd krijgen zeer beperkt. Toch bestaat er op deze regel een uitzondering, namelijk de American Arbitration Association (A.A.A.). De A.A.A. is een onafhankelijke vereniging zonder winst-oogmerk en is de belangrijkste arbitrage-instelling in de VS. De maatschappelijke zetel bevindt zich te New York en er zijn 26 regionale bureaus over het hele land verspreid. Jaarlijks worden er ongeveer 40.000 nieuwe zaken aangebracht. Op het gebied van informaticarecht is het aantal arbitrages sedert het laatste decennium blijven toenemen. Van 57 gevallen in 1981 is men in 1985 naar 121 en op 31 oktober 1986 naar 221 gevallen gegaan (zie bijlage). De analyse van deze arbitrages laat toe de volgende conclusies te trekken wat betreft de aard van de conflicten die worden voorgelegd aan de A.A.A.

22 Het merendeel der arbitrages betreft geschillen tussen leveranciers en gebruikers. Bovendien is, in de toenemende meerderheid der gevallen, de gebruiker eiser. In de arbitrages die door de gebruiker worden ingesteld is de klacht die het meest wordt gehoord de niet- of foutieve uitvoering van het contract. Er zijn verschillende mogelijkheden: de leveringsweigering, de foutieve installatie van de hardware, het niet afmaken van de software, of het niet herstellen van de gebreken. In de arbitrages die door de leveranciers worden ingeleid gaat het meestal om het niet betalen van de rekeningen. Ook hier zijn er verschillende mogelijkheden: het niet betalen van de aankoopprijs of van de installatie van de toestellen, de kosten van onderhoud, de service- en leveringskosten.

Een aantal gevallen betreft de opzegging van contracten, geschillen betreffende de distributie of het niet betalen van commissielonen of royalties die uit licentieovereenkomsten voortvloeien.

In het algemeen kan men besluiten dat er een verschuiving plaatsvindt van geschillen over hardware naar geschillen over software. Deze tendens is eveneens in de nationale rechtspraak terug te vinden.

23 De aanzienlijke ontwikkeling van informaticaconflicten heeft de A.A.A. ertoe aangezet een speciaal

programma te ontwikkelen de voorziet in een lijst van specialisten, voor de oplossing van deze geschillen. Opmerkelijk is dat de procedure van de A.A.A. om arbiters te benoemen verschilt van die, welke men meestal in Europa aanwendt.

De lijsten van arbiters worden ter beschikking van de partijen gesteld. Men zal gewaagd worden de namen aan te geven van de personen die zij als arbiter aanvaarden en de namen te schrappen van hen die ze niet in het college zouden willen zien. Deze lijsten worden vergeleken en de arbiters worden gekozen onder de personen waarover de partijen een consensus hebben bereikt. Indien er geen akkoord tot stand komt, zal (zullen) de arbiters door de associatie worden gekozen uit personen die niet op de lijst voorkomen.

24 Andere specifieke programma's voor arbitrage inzake informatica werden reeds ontwikkeld in de schoot van verschillende instellingen: hetzij arbitragecentra, hetzij professionele verenigingen. In Frankrijk bijvoorbeeld bestaat het reglement van het A.P.P. Het recente programma dat in 1985 op werd gezet door de professionele associatie van software industrie en informaticaservice, ADAPSO, heeft meer dan 750 ondernemingen onder zijn leden telt, heeft een commissie gecreëerd voor de alternatieve wijzen van oplossing van conflicten. In de betrokken middelen wordt een brochure verspreid waarin een beroep op gewone rechtbanken wordt afgeraden, tenminste voor wat de informaticageschillen aangaat.<sup>12</sup>

Het is inderdaad zo dat, naar de redenen in het begin van dit artikel aangegeven, in de VS de kosten voor een gewone procedure zeer hoog kunnen zijn, dat de processen zeer lang aanslepen, hetgeen te verklaren is door het belang van bepaalde bijzondere procedures zoals de enquête en contra-enquête (examination en cross-examination), of de techniek van de 'discovery', die aan de partijen toelaat de documenten op te vragen die de andere partij in haar bezit heeft, eventueel gevolgd door de ondervraging van de betrokken personen over elk van de verzamelde stukken.

Het is derhalve ongebruikelijk dat een proces minder dan een week duurt en het is niet ongebruikelijk dat het maanden of jaren voortsleept. In deze omstandigheden is het zeker dat de arbitrageprocedure veel minder lang en minder kostbaar is, zeker wanneer, bij het ontbreken van een akkoord hierover tussen de partijen, de techniek van 'discovery' geen toepassing vindt in de arbitrageprocedure. Daarom is ADAPSO voorstander van een beroep op arbitrage, in samenwerking met bestaande instellingen, en in het algemeen, van een beroep op andere alternatieve methoden om geschillen te regelen; of het nu om onderhandeling gaat, om verzoening of bemiddeling. ADAPSO heeft trouwens een bemiddelingsdienst gecreëerd die ter beschikking van de leden staat.

#### II. De andere alternatieve methoden om geschillen te beslechten: bemiddeling, verzoening, mini-trial

25 De techniek van onderhandelen, alvorens tot een dading over te gaan, is een nieuwe oplossing, maar ze heeft de neiging om zich steeds vaker voor te doen, voorafgaand aan het stellen van een actie. Het zij ook opgemerkt dat, vooral in de VS, maar ook in Europa, de neiging bestaat een gerechtelijke confrontatie te vermijden met behulp van verschillende technieken zoals de verplichte verzoening of de bemiddeling.

Steeds meer bepalen overeenkomsten dat er, in geval



van conflict, een verzoeningsvergadering zal plaatsvinden tussen de verantwoordelijken van de tegenover elkaar staande partijen. Indien deze vergadering mislukt, zal een tweede worden belegd tussen de algemene directeurs van de betrokken ondernemingen.

26 Onder de nieuwe, gestructureerde onderhandelingsmethoden die zich de laatste jaren in de praktijk hebben ontwikkeld, kent er één een zeker succes in de VS<sup>13</sup> en in Zwitserland.<sup>14</sup> Het doel van deze procedure bestaat er in een snelle en goedkope oplossing van een geding te bereiken door beroep te doen op een onderhandelingsmethode waarin de dialoog centraal staat zodat het voor beide partijen duidelijk wordt over welke problemen ze niet akkoord zijn. Zo'n 'mini-trial' heeft de volgende eigenschappen:

- 1 De partijen onderwerpen zich vrijwillig aan een procedure die vertrouwelijk blijft, wat ook het onderwerp van de onderhandelingen is;
- 2 De advocaten en deskundigen van elke partij geven een kort overzicht van de problemen die er bestaan en hun visie erop. In de daaropvolgende periode kunnen er vragen worden gesteld, en ten slotte geeft de tegenpartij haar visie op de problemen, samen met haar middelen van verweer;
- 3 De procedure verloopt in aanwezigheid van de hogere kaders van beide partijen, behoorlijk geman-dateerd om een dading aan te gaan;
- 4 Het 'mini-trial' wordt voorgezeten door een neutrale raadgever of een bemiddelaar die door de partijen in onderlinge overeenstemming wordt gekozen;
- 5 Na de uiteenzetting der partijen van hun middelen komen de kaders van beide vennootschappen één of meerdere keren samen en stellen alles in het werk teneinde een akkoord te bereiken. Op hun aanvraag zal de raadgever-voorzitter de onderhandelingen bijwonen en zijn opinie geven over de vragen waarover men in de voorafgaande vergadering heeft gede-batteerd. De raadgever kan ook geroepen worden om een transactioneel akkoord te formuleren of de functie van bemiddelaar te vervullen;
- 6 Indien de partijen tot een akkoord komen wordt dit zo vlug mogelijk door de vertegenwoordigers van de ondernemingen op schrift gesteld en ondertekend;
- 7 Gedurende het verloop van het 'mini-trial' verbinden de partijen zich ertoe de procedure niet te verhiinderen, noch een lopende instantie voort te zetten;
- 8 Ten slotte zullen de kosten en honoraria van de neutrale raadgever, alsook de andere procedurekosten in principe worden gedragen door beide partijen en dit in gelijke mate.

27 Het 'mini-trial' is dus in feite niets anders dan een onderhandelingsmethode. Het gestructureerd karakter versterkt echter de effectiviteit ervan. Het is vooral toepasbaar in informaticageschillen waarin zowel feitelijke als rechtsvragen gesteld worden. Het eventueel mislukken van een dergelijke procedure is overigens geen tijdverlies. Het beroep op het 'mini-trial' zal voor beide partijen betekenen dat zij hun verdediging goed hebben kunnen voorbereiden en kennis hebben kunnen nemen van de sterke en de zwakke punten van hun eigen dossier alsmede van dat van de tegenpartij.

28 Op het gebied van informatica, en meer algemeen op het gebied van hoogwaardige technologie, is het beroep op gewone rechtbanken niet altijd adequaat om redenen die reeds vermeld zijn, uitgezonderd enkele procedures, zoals het kortgeding, die hun efficiëntie reeds hebben bewezen, vooral in de strijd tegen het namaken van programma's. Daar-tegenover staat dat de informaticaconflicten een bevoorrecht terrein vormen voor de alternatieve

manieren om geschillen te regelen. Naast de gestructureerde onderhandelingsmethoden die het verkrijgen van een minnelijke schikking tot doel hebben, zal de arbitrage de volgende jaren een toenemend succes kennen en dit om de onbetwistbare voordelen die zij op het gebied van informatica oplevert: snelheid, vertrouwelijkheid, bijzondere bekwaamheid van de gekozen personen en mogelijkheid tot combinatie binnen hetzelfde college van juridische expertise met de bekwaamheid op het gebied van de informatica.

## Bijlage

American Arbitration Association. Computer Technology Caseload Analysis (weergegeven met vriendelijke toestemming van de A.A.A.)

### Number of cases filed

1981	57
1982	69
1983	82
1984	123
1985	121

### Dollar amounts of claims and counterclaims

1981	\$ 3,775,344
1982	7,849,257
1983	21,550,750
1984	31,899,616
1985	229,245,094

### Breakdown of amounts

	1983	1984	1985
\$ 1 - 10,000	12	26	13
\$ 10,001 - 50,000	17	28	29
\$ 50,001 - 100,000	12	13	17
\$ 100,001 - 500,000	11	14	25
\$ 500,001 - 999,999	2	6	5
\$ 1,000,000 and over	1	6	6
No amount disclosed	27	30	23

### Regional distribution of cases

	1984	1985		1984	1985
Atlanta	7	4	Miami	6	4
Boston	7	15	Minneapolis	1	2
Charlotte	3	2	New Jersey	3	3
Chicago	8	2	New York	22	16
Cincinnati	1	2	Philadelphia	1	1
Cleveland	1	1	Phoenix	1	2
Dallas	2	1	Pittsburgh	4	7
Denver	4	1	San Diego	3	1
Detroit	1	3	San Francisco	16	11
Garden City	2	3	Seattle	1	1
Hartford			Syracuse	1	1
Kansas City	4		Washington, D.C.	4	8
Los Angeles	23	31	White Plains	1	

### Noten

1 Lawrence Perlmutter, ex-algemeen adviseur van Data Control, aangehaald door H. Swartz, 'Structured negotiations save time, money and blood pressure', *Electronic Business*, 15 juni 1984, blz. 74.

2 Art. 7.

3 Art. 13.

4 Art. 14.

5 B. Hanotiau, Le défaut d'une partie dans la procédure d'arbitrage international, *Mélanges Vander Elst*, 1987, I, blz. 375.

6 Voor een voorbeeld van een arbitrale beslissing gewezen in het kader van een informaticageschil, zie *Computerrecht*, 1985, blz. 27 met noot Koller.

7 Art. 1710 Ger.W.

8 Art. 1477 BW



- 9 Art. 1704 Ger.W.
- 10 Art. 1717, 4de Ger.W., ingevoerd bij wet van 27 maart 1985.
- 11 O.c., blz. 629.
- 12 Alternative Dispute Resolution, An Adapso program for the Computer Software and Services Industry.
- 13 Zie ook het reglement van het Center for Public Resources te New York: C.P.R. Model Procedure for Settlement of Transnational Business Disputes.
- 14 Zie ook de 'Rules of Procedure for the Zürich mini-trial', goedgekeurd op 5 oktober 1984 door de Kamer van Koophandel van Zürich.

#### Bibliografie

- Er bestaan weinig publikaties over dit onderwerp. Zie met name:
- R. Fitz Simmons, Arbitration and the computer industry, Document A.A.A.
- G. Friedmann, Using alternative dispute resolution to settle computer disputes, in: Systems, Objectives, Solutions, 1984, 169.
- J. Kopesky, Arbitration and other alternatives for resolving computer related disputes in Computer Litigation and Administrative Practice series, Practising Law Institute, 1983, 557.
- F. Kollen, Arbitragecommissie is erg gewenst voor computergeschillen, Computable, 1 april 1983, 5.
- M. Scott, Computer Law, Wiley Law Publications, New York, par. 6, 115 e.v.
- H. Swartz, Structured negotiations save time, money and blood pressure, Electronic Business, 15 juni 1984, 72.

## Beslechting van automatiseringsgeschillen en arbitrage (I)

### Voordelen van arbitrage en van een arbitrage-instituut<sup>1</sup>

W.G.J.M. van Aubel

- A. Inleiding: verschillende benaderingswijzen van een geschil.
- B. Wat is arbitrage?
- C. De wenselijkheid van arbitrage voor de automatiseringsbranche.
- D. De wenselijkheid van een instituut voor arbitrage in de automatiseringsbranche.
- E. De behoefte aan een praktische wijze en uniforme uitvoering van geschilbeslechting.
- F. De mogelijkheid van een instituut voor arbitrage in de automatiseringsbranche.
- G. Tot besluit: conclusie.
- H. Noten.

#### A. Inleiding: verschillende benaderingswijzen van een geschil

1 Ofschoon harde cijfers over automatiseringsproblemen ontbreken treft men ook in Nederland al vanaf 1980 in verschillende publikaties en interviews<sup>2</sup> de suggestie aan dat vele automatiseringsprojecten met complicaties<sup>3</sup> gepaard gaan. Automatiseringsproblemen onderscheiden we naar conflicten (= voor het oplossen van de belangenbotsing staat de getroffen partij slechts een beroep open op wettelijke bepalingen) en geschillen (= voor het oplossen van de belangenbotsing kan men terugvallen op een contract). Het merendeel van de problemen zou in principe aanleiding kunnen geven tot een rechtszaak. Ondanks dat valt het op hoe onverschillig leveranciers en klanten in hun contracten aankijken tegen de wijze waarop informaticaproblemen opgelost kunnen

worden. Gezien het feit dat het automatiseren van een bedrijfs- of kantooradministratie het functioneren van een onderneming in haar zenuwstelsel raakt, gezien het feit dat automatiseren veel meer dan bij enige andere aankoop van een produkt een langdurige betrokkenheid en medewerking van beide partijen vereist en gezien ook de stand van de bij lange na niet feilloze techniek lijkt het niet overdreven veel meer aandacht te besteden aan de invulling van de geschillenclausule. De fantasieloze benadering van dit stiefkind van het automatiseringscontract is mede oorzaak van de patstelling waarin partijen terecht komen wanneer er problemen ontstaan bij een automatisering: procederen wil men niet<sup>4</sup>, maar een duidelijke, onduidelijke keuze voor een alternatief maakt men niet.<sup>5</sup> Toch is een aantal andere mogelijkheden om de geschillen op te lossen voorhanden.<sup>6</sup>

2 Aan de hand van het aspect tijd is een eenvoudige driedeling in mogelijke benaderingswijzen van een informaticaprobleem aan te brengen.

De eerste trap behelst de periode voor het ontstaan van de botsing en levert de meest ideale aanpak op, te weten preventie. De volgende trap bestaat uit het moment waarop het probleem reële vorm krijgt. Dan kiest men voor onderhandelen of laten escaleren. De laatste mogelijkheid leidt tot de derde, curatieve trap, namelijk procederen.

Preventie kan onder andere inhouden het opstellen van zeer uitgebreide overeenkomsten.<sup>7</sup> Het nut van zo'n contractueel net schuilt ook daarin dat daarmee niet alleen geschillen met de wederpartij maar ook conflicten met derden gevangen kunnen worden.<sup>8</sup> Preventie kent nog vele andere vormen, van certificering tot informatica-intermediëren.<sup>9</sup>

Als onderhandelingsmethodes onderscheiden we die waarbij partijen trachten onderling tot een vergelijk te komen en die waarbij partijen dat proberen door middel van een derde, neutrale persoon. Onder de laatste categorie vallen begrippen als mediatie, conciliatie en de zogenaamde 'mini-trial'.<sup>10</sup> Bij deze vormen van onderhandelen kan de derde niet zelf een oplossing aan partijen opleggen als deze niet tot een wilsovereenstemming komen. Onregelmatigheden bij de nakoming van het bij het onderhandelen bereikte akkoord kunnen altijd nog aan de burgerlijke rechter voorgelegd worden.

Na onderhandelen dient het begrip bindend advies vermeld. Hiervan spreken we als een onenigheid (...) op basis van vrijwillige onderwerping wel door een of meer derden wordt beslist. Het bindend advies balanceert op de grens van overeenkomen en recht spreken: bij het 'onzuivere' bindende advies behelst de onenigheid een geschil. Deze totaal vormloze wijze van 'recht spreken in een contractueel jasje' is omstreven.<sup>11</sup>

Uitgangspunt voor dit artikel is de situatie dat partijen, die in het kader van een automatisering in een contractuele relatie tot elkaar staan, een probleem niet hebben kunnen voorkomen of oplossen ondanks preventieve maatregelen of serieuze onderhandelingen en dat zij grote waarde gaan hechten aan een definitieve, dwingende oplossing daarvoor: procederen is dan nog de enige uitweg. Voor rechtspraak door de burgerlijke rechter bestaat ook een alternatief, te weten particuliere rechtspraak ofwel arbitrage.

#### B. Wat is arbitrage?

1 Arbitrage is een wettelijk erkende en gewaarborgde vorm van rechtspraak waarbij particuliere scheidslieden (arbiters) volgens een grotendeels door de

W.G.J.M. van Aubel is vanaf maart 1988 als advocaat werkzaam te Rotterdam (Loeff & van der Ploeg).